IX.

Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio.

Von

Herrn Ruhstrat,

Regierungsassessor in Oldenburg.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. II. im vorigen Heft).

---

§. 14.

II. Wer in Gemäßheit eines Willens handelt, welchen der Geschäftsherr durch Mandatsertheilung zu erkennen gegeben hat, begründet in der Regel die obligatio ex neg. gestione, sofern ihm nicht die actio mandati contraria zusteht.

1) Auch jeder Mandatar ist Geschäftsherr, negotiorum gestio, weil der Wille, welchen er ausführt, negotium domini ist[42]); allein die obligatio et neg. gestione kann er nicht begründen, sobald das Mandat giltig ist, da jene obligatio nur zur Ergänzung des Mandats eingeführt worden, und da, wo der Wille des Vertreters und des Geschäftsherrn wirklich zusammengetroffen sind, dieß Zusammentreffen nicht mehr von den Gesetzen supplirt zu werden braucht. (Vergl. oben §. 11.) Sobald aber der zur Entstehung des Mandatkontrakts nothwendige Konsens nicht vorliegt, z. B. weil der Mandatar sich irrthümlich für einen Sklaven oder Haussohn des Geschäftsherrn hielt, und deßhalb glaubte, nicht acceptiren zu können, oder weil der Geschäftsherr an Errichtung eines Mandats, der Geschäftsführer aber an Errichtnng einer locatio conductio oder eines Innominatkontrakts dachte, oder endlich, weil die auf Mandatserrichtung gehende Absicht des Dominus gar nicht zur Kenntniß des Gestor gelangt war — wird dieser Konsens von den Gesetzen supplirt und durch das Handeln des Geschäftsführers die gegenseitige

---

42) l. 6. §. 1, mandati (17. 1) c. 1 mandati (4. 35). l. 3 de institor (14. 3.)

obligatio ex negotiorum gestione begründet. Letzteres ergibt sich klar aus l. 19, §. 2. h. t.

Si libero homini, qui bona fide mihi serviebat mandem, ut aliquid agat, non fore cum eo mandati actionem Labeo ait, quia non libera voluntate exequitur rem sibi mandatam, sed quasi ex necessitate servili; erit igitur negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuit quam obligare possem. (Paulus lib. 2 ad Neratium)[43]).

Wenn Jemand den Auftrag ertheilt, irgend ein Geschäft zu verrichten (si mandem ut aliquid agat), so wird im Fall der Ungiltigkeit des Mandats durch die Handlung des Geschäftsführers dem Dominus die actio negotiorum gestorum directa begründet, ohne daß etwas darauf ankommt, ob das Geschäft der objektiven Betrachtung als für die Angelegenheiten des Dominus nothwendig, nützlich oder unnütz erscheint. Bestand also das Mandat in dem Ankauf überflüssiger Gegenstände, so erlangt der Dominus sofort mit dem Abschluß des Kaufkontrakts die actio negotiorum gestorum auf Abtretung der Kaufklage; denn daß diese Klage erst durch die Genehmigung des Dominus begründet werde[44]), ist nach obiger Stelle offenbar nicht anzunehmen, weil sie dieß sonst ausdrücklich hätte sagen müssen. Es wäre in der That auch nicht zu begreifen, welche Wirkung die Genehmigung, die doch nur eine einseitige Willenserklärung ist, hier noch sollte hervorbringen können, da der Geschäftsherr seinen Willen ja schon durch die Mandatsertheilung ausdrücklich erklärt hat[44]). Die einzige Wirkung, welche man ihr hier, wo die voluntas domini ohnehin schon vorliegt, mög-

---

43) Der durch das ungiltige Mandat ausgesprochene Wille wird hier ganz klar als negotium domini bezeichnet.

44) Dieß behauptet Chambon a. a. O. S. 51, 184. Vergl. oben §. 1, 2.

44a) Chambon wird freilich sagen, die Genehmigung sei erst der Accept des auf Eingehung einer obligatio gerichteten Willens des Gestors. Siehe dagegen oben §. 2. und unten §. 16.

licherweise noch zuschreiben könnte, nämlich die Verwandlung des fraglichen Rechtsverhältnisses in ein Mandat, kann für unsere Stelle nicht weiter in Frage kommen, da sie doch immer nur die actio negotiorum gestorum statuirt, mag sie nun zur Begründung dieser Klage die Genehmigung des Dominus voraussetzen oder nicht.

Der innere Grund nun, aus welchem die Entstehung der obligatio ex neg. gestione in unserer Stelle anerkannt wird, kann nur darin bestehen, daß der Geschäftsführer absichtlich in Gemäßheit der voluntas domini gehandelt hat; denn das Mandat ist nichtig, und darauf, ob die vorzunehmende Handlung für die negotia domini nützlich ist oder nicht, kommt Nichts an. Für unwesentlich aber muß bei dem von Paulus hier mitgetheilten Fall der Umstand gehalten werden, daß der Wille sich durch Mandatsertheilung zu erkennen gegeben hat, denn auch aus anderen Umständen kann sich die auf Vertretung gerichtete voluntas domini unzweifelhaft ergeben, und nach einem vernünftigen Grund, aus welchem der aus anderen Umständen hervorhende Wille von geringerer Wirkung sein müsse als der durch ein ungiltiges Mandat erklärte, dürfte man wohl vergeblich suchen.

Dabei ist jedoch zu bemerken, daß es in anderer Beziehung, und zwar in Ansehung der Begründung von Rechtsverhältnissen zwischen dem Geschäftsherrn und dritten Personen von nicht geringer Erheblichkeit ist, ob der Wille des Geschäftsherrn sich durch Ertheilung eines, wenn gleich ungiltigen, Mandats in eine selbstthätige Bewegung gesetzt hat oder nicht. Wenn nämlich der Mandatar in Folge des ungiltigen Mandats mit einem Dritten kontrahirt, so kann die Sache trotz der Ungiltigkeit des Mandats doch immer so angesehen werden, als habe der Dritte gleichsam mit dem Prinzipal selbst kontrahirt, weil dieser Auffassung auch hier Nichts entgegen steht, als der civilrechtliche Grundsatz, daß in Obligationsverhältnissen eine direkte Vertretung nicht zulässig ist. (Vergl. oben §. 9, 10.) Deßhalb erlangt der Dritte hier

auch die actio institoria oder quasi institoria gegen den Prinzipal, von welcher Klage da nicht die Rede sein kann, wo der Wille des Geschäftsherrn zwar auch vorhanden ist, aber sich noch in unthätiger Ruhe befindet[45]), in welchem Fall die actio institoria nur durch nachträgliche Genehmigung begründet werden kann. — Hieraus geht ferner hervor, daß der fragliche Unterschied namentlich für diejenigen Fälle wichtig sein muß, in welchen Rechtsverhältnisse direkt durch Mittelspersonen begründet werden können, weil die beiden, auf wirkliche Vereinigung gerichteten Willen zweier Kontrahenten ebensowohl durch eine Person zusammengebracht werden können, die durch ein ungiltiges Mandat zum Handeln veranlaßt werden, als z. B. durch einen Brief. Ein nuntius handelt daher mit demselben Erfolge, wenn sein Mandat ungiltig, als wenn es giltig ist[46]). Der Erwerb von Besitz und Eigenthum, welcher auf den Grund einer Tradition erfolgt, kann durch Stellvertreter vor sich gehen, und folglich der in jeder Tradition enthaltene Vertrag[47]) direkt durch Mittelspersonen geschlossen werden. Letztere haben dabei nichts weiter zu thun, als daß sie den auf Besitzerwerb gerichteten Willen des Prinzipals und den auf Besitzübertragung gerichteten Willen des Tradenteen zusammenbringen, was aber natürlich nur da möglich ist, wo diese beiden Willen zu einer solchen Vereinigung geeignet sind, also sich selbstthätig auf die Hervorrufung derselben gerichtet haben. Indem der Traditionsvertrag auf solche Weise durch den Stellvertreter vermittelt wird, und letzterer zugleich die zu tradirende Sache apprehendirt, wird der Be-

45) l. 1 de institor. act. (14. 3). Thöl a. a. O. §. 23 Note 21. Hier bemerkt Thöl: Das Institorenverhältniß könne auch durch negotiorum gestio begründet werden, doch sei dieser Fall selten, denn regelmäßig werde der Institor angestellt. Hier wird also die Begründung des Institorenverhältnisses durch neg. gestio der Begründung durch Anstellung entgegengesetzt, was wenigstens insofern nicht ganz richtig ist, als auch der durch ein ungiltiges Mandat berufene Institor doch immer vom Prinzipal angestellt ist.

46) Vergl. oben §. 10.

47) Savigny, a. a. O. Bd. 3. S. 312.

sitz dem Prinzipal unmittelbar erworben. Ob nun aber der Stellvertreter durch ein giltiges oder ungiltiges Mandat zu seiner hier fraglichen Thätigkeit veranlaßt worden, ist dabei wieder ganz gleichgiltig, weil es nicht auf seine juristische Qualität als Mandatar oder Gestor, sondern nur auf die Form ankommt, in welcher der Wille des Mandanten hervorgetreten ist[48].

Darum ist die Behauptung nicht zu rechtfertigen, daß durch eine negotiorum gestio der Besitz nicht anders erworben werde, als wenn die Genehmigung des Geschäftsherrn hinzukomme[49]. Dieß ist nur für diejenigen Fälle richtig, in welchen der durch den negotiorum gestor vertretene Wille des Geschäftsherrn sich noch in unthätiger Ruhe befindet, und also keineswegs in dem Streben nach Vereinigung mit dem Willen des Tradenten begriffen ist. Hier muß diese der voluntas domini mangelnde Qualität allerdings durch die Genehmigung ersetzt werden.

So wichtig hiernach nun auf die Frage, in welcher Form die voluntas domini sich geäußert habe, in allen Fällen ist, in welchen es sich darum handelt, ob dieselbe geeignet sei, mit dem Willen einer dritten Person in kontraktliche Vereinigung gebracht zu werden, so irrelevant ist diese Frage in Ansehung des Verhältnisses zwischen dem Dominus und dem Gestor, wie oben bereits bemerkt worden. Denn eine kontraktliche Vereinigung ist hier nicht denkbar, weil der Umstand, daß eine solche wegen eines Mangels in der voluntas des Dominus oder des Gestor nicht eingetreten sei, Voraussetzung jeder obligatio ex negotiorum gestione ist. Höchstens könnte man sagen, daß das Gesetz sich eher habe veranlaßt finden können, für die Fälle eine obligatio ex neg. gestione einzuführen, in welchen der Dominus seinerseits

48) Dieß ist nicht zu bezweifeln, denn selbst ein Sklave, der von Niemandem besessen wird, sowie ein Pupill, kann als Mandatar unmittelbar den Besitz für den Mandanten erwerben, obgleich hier ein giltiger Mandatskontrakt nicht vorliegt. l. 31. §. 2. de usurpat. (31. 3). l. 34. §. 2 de possess. (41. 2). Savigny, Besitz. Ausg. 6. §. 26. S. 360 ff.

49) Savigny a. a. O. S. 365. Chambon a. a. O. S. 171.

Alles gethan habe, um einen Mandatar zu bestellen, und er seine Absicht nur wegen eines Mangels in der Willensrichtung des Mandatars nicht erreicht habe. Allein dagegen ist zu bemerken, daß die fragliche Obligation für diejenigen Fälle ein wenigstens eben so dringendes Bedürfniß war, in welchem es dem Dominus unmöglich war, einen geeigneten Vertreter anzustellen, oder sein Wille grade auf die Vertretung durch einen nicht angestellten Repräsentanten gerichtet war. (Vergl. oben §. 11.)

2) Ist das Mandat giltig, so kann zwar nicht durch den Mandatar, wohl aber durch andere Personen, die statt desselben eintreten, die obligatio ex negotiorum gestione begründet werden, Falls nur der Wille des Geschäftsherrn nicht gerade auf Vertretung durch die Person des Mandatars beschränkt ist, in welchem Fall das Eintreten Anderer dem Willen nicht entsprechen würde. Abgesehen von diesem Fall, begründet in der Regel Jeder die obligatio ex neg. gestione, welcher die dem Mandaten aufgetragenen Handlungen ausführt, mag er nun a) vom Mandatar als dessen Substitut bestellt worden [50]), oder b) freiwillig statt desselben eingetreten sein [51]). Auch dieser negotiorum gestor kann eben so gut wie der Mandatar selbst die kontraktliche Vereingung der voluntas domini mit dem Willen eines Dritten in den dazu geeigneten Fällen vermitteln, weßhalb hier auf die oben in dieser Hinsicht gemachten Bemerkungen Bezug zu nehmen ist [51a]). Man nehme noch den Fall, daß Jemand als nuntius beauftragt worden, mündliche oder schriftliche Kontraktsbedingungen einer dritten Person zur

50) l. 28 D. h. t. Glück. Pandektenkommentar, Bd. 15. S. 261. Note 54. Sintenis a. a. O. Bd. 2. S. 577. Note 22.

51) l. 46 pr. h. t. — et te ejus voluntatis esse. — Wächter a. a. O. S. 350. Note 18.

51a) Darum begründet auch der von einem Prokurator angestellte institor ebenso die actio institoria gegen den Prinzipal, wie der vom Letzteren selbst angestellte, obgleich jener institor nur als negotiorum gestor des Prinzipals aufzufassen ist. l. 5. §. 18. l. 6 de instit. art. (13. 3) l. 28 h. t.

Genehmigung vorzulegen. Weil aber der nuntius unterwegs verunglückt, so wird der Auftrag, welcher demselben geworden, von einem Begleiter desselben ausgeführt. Warum sollte nun der Kontraksabschluß nicht eben so gut durch diese Person, welche freilich nur negotiorum gestor ist, als durch den beauftragten nuntius vermittelt werden können, da es sich nur um das Faktum der Vereinigung von zwei Willen handelt?

Wenn Wächter[52]) die hier fraglichen Bestimmungen mit seinem Prinzip der necessitas durch die Bemerkung zu vereinigen gesucht, daß zu dem rebus necessariis auch Alles gehöre, was erforderlich sei, um Aufträge zu erfüllen, die Jemand einem Andern gegeben habe, so ist dagegen zu sagen, daß diese Annahme auf reiner Willkür beruht, da solcher Begriff einer res necessaria von den Gesetzen aufgestellt wird. Jedenfalls würde man mit demselben Rechte behaupten können, daß jede Handlung, welche der voluntas domini entspreche, zu den rebus necessariis gehöre, und wenn Wächter dieß nicht leugnen kann, so muß er auch das von mir aufgestellte Prinzip als das richtige anerkennen; denn im Wesentlichen kommt es ziemlich auf Eins hinaus, ob man sagt: die obligatio ex neg. gestione wird nur durch Handlungen begründet, die für den Geschäftsherrn nothwendig sind; nothwendig aber ist jede Handlung, die dem Willen desselben entspricht, — oder ob man geradezu ausspricht: die gedachte Obligation wird nur durch Handlungen begründet, die in Gemäßheit der voluntas domini vorgenommen werden. Nur könnte die erste Fassung leicht zu der irrigen Ansicht veranlassen, daß unter Umständen schon die objektive Nothwendigkeit zur Begründung jener Obligation genüge, während doch diese Nothwendigkeit an sich gar keine andere Bedeutung haben kann, als daß aus ihr auf das Vorhandensein der voluntas domini geschlossen werden darf[53]), dieselbe also gar nicht mehr in Betracht kommt, sobald sich zeigt, daß der Wille des Geschäftsherrn ihr entgegensteht.

52) A. a. O. S. 350. Note 18.

53) Vergl. auch oben §. 2 und unten §. 15.

§. 15.

III. Es genügt aber auch eine solche voluntas domini zur Begründung unserer obligatio, welche auf andere Weise erklärt wird, oder lediglich aus den Umständen zu entnehmen ist.

Für diesen Satz sind jetzt noch einige direkte Beweise beizubringen.

1) Derselbe ergibt sich zuerst aus l. 3. §. 6 de in rem versio (15. 3).

Necnon illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domini emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta sorte vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit; neque enim spectamus an bona domini cesserit quod consumptum est, sed an in negotium domini. (Ulpianus lib. 29 ad edictum.)

Zur Erläuterung dieser Stelle ist auf einen Grundsatz aus der Lehre von der in rem vessio Bezug zu nehmen, von welchem in dem nächsten Beitrage weiter die Rede sein wird. Derselbe besteht darin, daß Jeder, der mit einem Mandatar oder negotiorum gestor kontrahirte, gegen den Geschäftsherrn die actio de in rem verso insofern und insoweit anstellen kann, als dem Geschäftsführer gegen denselben die actio mandati oder negotiorum gestorum zusteht oder zustehen würde, wenn er sich nicht in der Gewalt des Geschäftsherrn befände. Daraus geht aber hervor, daß in den Fällen, in welchen von den Gesetzen die actio de in rem verso für zuläßig erklärt wird, in der Regel auch für den Geschäftsführer die actio mandati oder negotiorum gestorum begründet ist, oder abgesehen von dem Verhältniß der Familiengewalt begründet sein würde. Wenn wir dieß auf die mitgetheilte Stelle anwenden, so ergibt sich folgender Sinn derselben: Von jedem auch ganz überflüssigen Gegenstande, welchen der Sklave in Gemäßheit der voluntas domini gekauft hat, sagt man: in rem domini versum est, denn es kommt gar nicht darauf an, ob durch solchen Handel das Vermögen des dominus vergrößert worden (an bono domini

cesserit), sondern nur darauf, ob durch die Vornahme desselben ein negotium domini ausgeführt worden ist (sed an in negotium domini). Die voluntas domini ist also negotium domini, durch dessen Ausführung der Sklave den dominus verpflichtet haben würde, wenn er hier als unabhängiger Stellvertreter gehandelt hätte [54]). Man kann hingegen auch nicht etwa einwenden, daß die Stelle sich nur auf einen Fall beziehe, in welchem der Sklave von seinem Herrn zu der Geschäftsführung beauftragt worden, daß also der Ausdruck „volenti" sich nur auf einen jussus beziehe. Denn daß Ulpian hier nicht an die Geschäftsführung eines Mandatars, sondern vielmehr an die unbeauftragte negotiorum gestio denkt, ergibt sich klar aus der Weise, in welcher er in §. 7. derselben Stelle zu reden fortfährt: Unde recte dicitur, et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam, et in horreo dominico reposuit, et hoc periit, vel corruptum est, vel arsit, videri versum.

Es wird also nach unserer Stelle die obligatio ex neg. gestione schon allein durch die Erfüllung einer voluntas domini begründet, ohne daß Etwas darauf ankommt, ob die voluntas auf die Vornahme nothwendiger oder überflüssiger Handlungen gerichtet ist, und ob sie sich durch Mandatsertheilung zu erkennen gegeben hat oder nicht [55]).

54) Darin aber besteht die Bereicherung des dominus, daß aus dieser Geschäftsführung nicht gegen ihn geklagt werden kann. Oldenb. Archiv für Rechtspraxis. Bd. 1. S. 28 ff.

55) Vergl. auch l. 3. §. 3 de in rem verso (15, 3). l. 7. §. 13 senatusc. macedon. (14, 6.) In ähnlicher Art wie die im Text erörterte l. 3. §. 6 beweist auch l. 3. §. 4 cod.; denn wenn es hier heißt: nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit, so ist wohl kaum zu bezweifeln, daß Ulpian die voluntas dem mandatum entgegensetzt und etwas Anderes als ein Mandat damit bezeichnen will. Hätte Ulpian nur vom Mandat reden wollen, so würde er sich jedenfalls unzweideutiger ausgedrückt haben, wenn er die Worte: aut voluntatum ganz weggelassen hätte, da eine voluntas doch nicht immer ein Mandat enthält. Gaj. Inst. IV. §. 71. c. 6. de instit. act. (14, 25). Uebrigens soll nicht geleugnet werden, daß der Ausdruck voluntas manchmal auch da gebraucht wird, wo wirklich ein Mandat ertheilt worden. Namentlich ist dieß der

2) Aus verschiedenen Gesetzstellen, namentlich aus l. 10 §. 1, l. 22, l. 32 pr. h. t., l. 3. §. 7, l. pr. §. 2 de in rem verso (15, 3) geht hervor, daß die gegenseitige, von Anfang an bindende obligatio ex negotiorum gestione durch die Ausführung einer für die negotio domini nothwendigen Handlung begründet wird. Daraus könnte man nun zunächst schließen wollen, daß zur Begründung der gedachten obligatio jedesmal die Vornahme einer nothwendigen Handlung genüge, so daß der Gestor auch dann unbedingt auf Entschädigung Anspruch habe, wenn jene Handlung dem Willen des Dominus nicht entsprechend sei. Als Grund könnte man sich dabei denken, daß der Gestor doch jedenfalls den guten Willen gehabt habe, einen nach seiner Meinung dem Geschäftsherrn drohenden Nachtheil von demselben abzuwenden. Daß diese Auffassung aber unrichtig sein würde, ergibt sich deutlich aus l. 10. §. 1 cit., nach welcher Stelle eine an sich nothwendige Handlung zur Begründung der Obligation nicht geeignet ist, wenn sie nach der Ansicht des Geschäftsherrn nicht nothwendig ist [56]). Soll hier aber nicht die Nothwendigkeit als solche entscheiden, sondern vielmehr die Ansicht oder der Wille des Geschäftsherrn, dennoch aber durch Vornahme einer nothwendigen Handlnng in der Re-

---

Fall, wo von einem Mandat an Haussöhne oder Sklaven die Rede ist, weil es hier keine andere Bedeutung hatte, als daß der Wille des Gewalthabers in demselben ausgesprochen lag. l. 5. §. 2 de in rem verso (15, 3). l. 6. §. 1 de exerc. actione (14, 1) c. 2. sect. Macedon. (4, 28).

56) — Vel quam sibi non necessariam putavit. Wächter a. a. O. S. 352. Note 22. Vergl. auch oben §. 6. C. Daß auf die Ansicht des Gestor hier Nichts ankommt, geht besonders klar aus dem Schlusse der Stelle: Ego quaere etc. hervor. Darum ist auch die ältere Meinung (Höpfner Kommentar §. 937), daß der Gestor die obligatio ex neg. gestione begründe, wenn er guten Grund habe, die Einwilligung des Dominus zu vermuthen, nicht zu billigen. Vergl. auch Kritz a. a. O. S. 382, 352 g. Unsere obligatio beruht nicht auf dem vermuthlichen, sondern auf dem wirklichen Willen des Dominus, aber freilich durchaus nicht auf einem mit dem Willen des Gestor kontraktlich sich einigendem Konsense desselben.

gel die obligatio ex negotiorum gestione begründet werden, so muß man wohl annehmen, daß die Gesetze davon ausgehen, die Vornahme einer nothwendigen Handlung sei der voluntas domini in der Regel entsprechend, daß sie also die necessitas nur als Beweisgrund für das Vorhandensein der voluntas auffassen. Dadurch kommen die oben erwähnten Bestimmungen dann auch in gehörigen Einklang; denn hiernach versteht es sich von selbst, daß die nothwendige Handlung in der Regel dem Willen entspricht [57]). Denn daß es nicht ohne Bedeutung sein kann, wenn die Gesetzstellen so häufig auf die necessitas Bezug nehmen, darin wird man Wächter beistimmen müssen [58]).

Gelegentlich verdient hier noch eine der angeführten Stellen, nämlich l. 5 pr. de in rem verso (15, 3) näher betrachtet zu werden, da sich aus keinem Gesetz klarer ergeben dürfte, daß die Vornahme einer bloß nützlichen Handlung in der Regel nicht geeignet ist, um die von Anfang an wirksame obligatio ex negotiorum gestione zu begründen. Ulpian sagt hier:

Si res domino non necessarias emerit servus, quas domino necessarias, veluti servos: hactenus videri in rem ejus versum, Pomponius scribit, quatenus servorum verum pretium facit; cum si necessarias emisset, in solidum quanto venissent, teneretur [59]).

Wenn also der Sklave seinem Herrn nothwendige Sachen gekauft hat, so kann der Letztere mit der actio de in rem verso auf den ganzen Kaufpreis in Anspruch genom-

57) Aus l. 10 §. 1 ergibt sich auch, daß der Ausdruck „utiliter negotia gerere", welcher häufig in den Quellen vorkommt, und wohl zur Aufstellung des unrichtigen Utilitatsprinzips Veranlassung gegeben hat, sich auf die Geschäftsführung bezieht, welche dem Willen des Dominus entspricht. Utiliter läßt sich mit angemessen übersetzen. Inwiefern aber eine neg. gestio angemessen sei, das kann dann auch nach den in §. 4 oben entwickelten Grundsätzen nur nach der voluntas domini entschieden werden.

58) A. a. O. S. 358.

59) Vergl. auch l. 12 de in rem verso (15, 3).

men werden, woraus sich ergibt, daß der Sklave, wenn er als unabhängiger Geschäftsführer gehandelt hätte, den ganzen Kaufpreis mit der actio negotiorum gestorum contraria einklagen könnte, Falls derselbe von ihm entrichtet worden wäre. Sind aber die von dem Sklaven gekauften Gegenstände nicht nothwendig, also entweder nur nützlich oder unnütz, so geht die actio de in rem verso nur auf den wahren Werth der Sachen, weil der dominus hier nicht dadurch bereichert ist, daß wegen seiner Gewalt über den Sklaven die actio negotiorum gestorum nicht gegen ihn angestellt werden kann, sondern nur dadurch, daß vermöge jener Gewalt die von dem Sklaven gekauften Sachen sofort in das Vermögen des Herrn übergegangen sind [60].

Es braucht übrigens schließlich wohl kaum noch darauf aufmerksam gemacht zu werden, daß die Nothwendigkeit der vom Gestor vorgenommenen Handlung allein nicht zur Begründung unserer obligatio hinreicht, vielmehr außerdem noch erforderlich ist, daß der Dominus sich auch in Ansehung dieser Handlung vertreten lasse, also dieselbe nicht selbst vornehmen wolle. Denn, wie die obigen Entwickelungen in §. 5—11 genügend gezeigt haben werden, besteht das eigentliche Wesen der obligatio ex negotiorum gestione darin, daß sie ebenso wie die obligatio ex mandato aus einer vom Geschäftsherrn gewollten Vertretung entspringt. Zwar lassen sich dafür keine direkten Quellenbeweise beibringen; allein es folgt dieß von selbst daraus, daß die negotiorum gestio eine Stellvertretung, und folglich auch eine Stellvertretung des Willens ist (§. 4), von einer solchen aber nur da die Rede sein kann, wo der Wille auch wirklich vertreten sein, und nicht selbst thätig werden will. Wenn Jemand sich auf einen Markt begibt, um Pferde einzukaufen, welche für seine Wirthschaft durchaus nothwendig sind, so möchte wohl Niemand behaupten, daß er es sich gefallen lassen muß, wenn ein Anderer diese Pferde für ihn kauft. Dennoch würde

---

60) Oldenb. Archiv für Rechtspraxis. Bd. 1. S. 35, 36.

durch den Ankauf des Geschäftsführers die obligatio ex negotiorum gestione sofort begründet werden, wenn die Nothwendigkeit dieses Geschäftes allein entscheidend wäre; und wenn nun der Dominus unmittelbar nach jenem Ankauf und bevor er von demselben Kenntniß erhalten hätte, auch seinerseits die nöthigen Pferde acquirirte, so würde er durch das unberufene Eintreten jenes Gestor gezwungen werden, mehr Pferde mit nach Hause zu nehmen, als er nöthig hätte. Ueberhaupt würde die Thätigkeit des Gestor mit der Thätigkeit des Dominus zum Nachtheil des Letzteren in die mannigfaltigsten Kollisionen gerathen, wenn man sich die Sache nicht so vorstellen müßte, daß von einer verpflichtenden negotiorum gestio in der Regel nur da die Rede sein könne, wo der Wille des Dominus geradezu auf Vertretung gerichtet ist. Es würde z. B. ein Landwirth, für dessen Angelegenheiten der Wiederaufbau einer zusammengestürzten Scheuer nothwendig wäre, die von einem Gestor für ihn mit Baumeistern, Holzhändlern und anderen Personen geschlossenen Kontrakte anzuerkennen schuldig sein, wenngleich er auch seinerseits, ohne von jenen Kontrakten bereits Kenntniß erhalten zu haben, die erforderlichen Maßregeln getroffen hätte.

Wenn daher die angeführten Stellen zur Begründung der vollständig wirksamen actio neg. gestione weiter Nichts verlangen, als die Vornahme einer nothwendigen Handlung, so wird man ohne Zweifel annehmen müssen, daß sie von der Voraussetzung ausgehen, der Geschäftsherr wolle entweder seine Geschäfte gar nicht selbst vornehmen, oder er sei denn aus irgend einem Grunde, z. B. wegen Abwesenheit, verhindert. Ja man wird, wie ich glaube, sogar behaupten dürfen, daß in der hier fraglichen Kasuistik der römischen Juristen der Geschäftsherr in der Regel als abwesend gedacht wird[61]), denn da die Abwesenheit des Geschäfsthern ein nothwendiges Requisit der civilen obligatio ex negotio-

61) Vergl. z. B. l. 1, 2, 11, 19. §. 5. h. t. Kritz a. a. O. S. 358.

rum gestione war, so ist es bei den Römern wahrscheinlich herkömmlich gewesen, sich in allen Fällen, wo von einer negotiorum gestio die Rede war, den Geschäftsherrn im Zweifel als abwesend vorzustellen.

3) Das römische Recht erkennt die allgemeine Wahrheit an, daß der Wille jedes Rechtssubjekt regelmäßig auf Erweiterung seines Vermögens gerichtet ist, daß folglich jede Handlung, welche eine solche Erweiterung zum Zweck hat, ohne zugleich mit der Aufgebung eines Vermögenstheils verbunden zu sein, dem Willen in der Regel entspricht[62]). Durch Vornahme solcher Handlungen von Seiten des Geschäftsführers wird daher die obligatio ex neg. gestione begründet, aus welcher für den Geschäftsherrn die actio negotiorum gestorum directa entspringt, die denselben berechtigt, auf Abtretung der durch jene Handlungen von dem Geschäftsführer erworbenen Sachen oder Klagerechte zu bringen. Dieß ergibt sich insbesondere aus folgenden Stellen: l. 32. §. 1, l. 48 h. t. l. 1. §. 1 de dotis collatione (37, 7)[63]). In der ersten Stelle sagt Papinian:

Ignorante virgine mater a sponso filiae res donatas suscepit: quia mandati vel depositi actio cessat, negotiorum gestorum agitur.

Die Mutter ist in dem Fall dieser Stelle nur als Instrument anzusehen, welches die Schenkung zwischen dem Bräutigam und der Braut vermitteln soll. Die Schenkung kommt hier daher erst durch Einwilligung der Letzteren zu Stande, weßhalb der Schenker seinen Willen bis dahin ohne Zweifel noch ändern kann[64]). Aber zwischen der Braut und ihrer Mutter entstand die obligatio ex neg. gestione bereits

62) Vergl. Savigny, heut. röm. R. Bd. 4, S. 157, 151. Meyerfeld, Schenkungen. Bd. 1, S. 37 Nr. 5, und oben §. 4.

63) Vergl. auch l. 6. §. 2, mit l. 2. §. 6 de don. (39, 5), l. 39 fin. h. t. Kritz a. a. O. S. 374.

64) l. 2. §. 6 de don. (39. 5) c. 8 de obl. et a (10, 4). Savigny a. a. O. Bd. 4. S. 152. Vergl. auch Meyerfeld, Schenkungen. B. 1. S. 36.

in dem Augenblick, als Letztere die fraglichen Gegenstände, mit Rücksicht auf ihre Tochter, in Empfang nahm, weil sie dadurch das Zustandekommen der Schenkung ermöglichte, und folglich den Willen der Tochter erfüllte. Sie kann daher mit der actio negotiorum gestorum directa auf Herausgabe der fraglichen Sachen in Anspruch genommen werden, und da diese Klage keineswegs erst durch die Genehmigung der Tochter ihren Ursprung erhält, so kann dieselbe auch auf Schadensersatz, wegen einer vor der Genehmigung von Seiten der Mutter in Beziehung auf die Sachen begangenen culpa, gerichtet werden.

Mit dem Prinzip der necessitas möchte sich diese Stelle schwerlich vereinigen lassen, da es sich in derselben nicht um Erhaltung des vorhandenen Vermögens in seiner bisherigen Integrität, sondern um die Erwerbung neuen Vermögens handelt [65].

Aus dem Obigen geht ferner von selbst hervor, daß der Geschäftsführer, welcher mit Rücksicht auf den Geschäftsherrn Schenkungsversprechen acceptirt, dadurch in der Regel die obligatio ex neg. gestione begründete, aus welcher der Dominus auf Abtretung der aus jenen Versprechen hervorgehenden Rechtsmittel klagen kann, wofür sich freilich keine direkten Beweise beibringen lassen. Hat der Geschäftsführer keine klagbare obligatio gegen denselben begründet, so kann er natürlich auch nicht auf Abtretung einer Klage belangt werden. Wenn also der Dritte dem Gestor nicht versprochen hat, daß er ihm, dem Gestor, für den Geschäftsherrn ein bestimmtes Geschenk machen, sondern daß er selbst dem

65) Nach l. 25 pr. depos. (16, 3) soll in einem gleichen Fall, wie der in l. 33 cit. enthaltene, die actio depositi gegen Denjenigen stattfinden, welcher die Schenkungsgegenstände entgegen nahm. Da ein Widerspruch nicht anzunehmen ist, weil beide Stellen Papinani lib. 3 respons. sind, so wird Papinian in l. 25 einen Fall im Sinne haben, in welchem ein stillschweigendes Depositum den Umständen nach anzunehmen war. Darauf deuten auch die Worte: res oblatas puellae pater suscepit. Der Vater wird mit Wissen und Willen der Tochter die Sachen angenommen haben.

Dominus Etwas schenken wolle, so wird durch die Acceptation dieses Versprechens die obligatio ex negotiorum gestione nicht begründet, weil hier kein klagbarer Vertrag zwischen dem Gestor und dem Dritten zu Stande gekommen ist. Denn dieser Vertrag ist ungiltig, weil er geradezu auf den Geschäftsherrn gestellt worden ist[66].

§. 16.

IV. Auch durch Genehmigung einer contemplatione domini vorgenommenen Geschäftsführung und die obligatio ex negotiorum gestione begründet, ohne daß Etwas auf die Nützlichkeit oder Nothwendigkeit der Geschäftsführung ankommt.

Ueber die in Ansehung der Genehmigung geltenden Grundsätze, welche bei richtiger Auffassung die hier vertheidigte Theorie durchaus bestätigen, herrschen noch manche Zweifel, weßhalb zunächst auf die rechtliche Bedeutung der Genehmigung etwas näher einzugehen ist.

Die nachträgliche Genehmigung, mit der wir es hier allein zu thun haben[67], ist die Erklärung des Geschäftsherrn, daß er mit einer bestimmten, für ihn vorgenommenen Geschäftsführung einverstanden sei, und da dieselbe rückwirkende Kraft hat, so ist die Sache im Fall der Genehmigung offenbar gerade so anzusehen, als wenn der Dominus von vorn herein erklärt hätte, daß die Vornahme der vom Geschäftsführer ausgeführten Handlung durch die Person des

66) Eine weitere Entwickelung dieser Sätze würde hier zu weit führen. Vergl. hier den Fall, wenn Jemand einem Anderen ein Darlehen gibt mit der Bestimmung, das Geld an Sejus (den Geschäftsführer) zurückzuzahlen. Savigny a. a. O. Bd. 3. S. 153 ff., und über die rechtliche Möglichkeit, aus dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio dritter Personen Etwas durch Erbverträge zuzuwenden: Mühlenbruch, Fortsetzung von Glücks Kommentar. Bd. 38. S. 70. — Vergl. auch namentlich in Betreff der heutigen Rechtsansichten den folgenden Beitrag.

67) Die Ratifikation, welche einer Gestio vorausgeht, begründet entweder ein wahres Mandat, nämlich wenn der Gestor durch dieselbe zum Handeln veranlaßt wird. Vangerow a. a. O. §. 664. Anm. a. E.; oder die obligatio ex neg. gestione wie oben in §. 14 und §. 15 nachgewiesen worden.

Letzteren seinem Willen entspreche. Wenn dieß aber geschehen wäre, so hätte der Dominus seinerseits ohne Zweifel Alles gethan, was zur Errichtung eines Mandats gehört, und wenn der Gestor in Folge jener Erklärung des Dominus zum Handeln geschritten wäre, und damit dieselbe acceptirt hätte, so wäre dadurch das Mandat zu Stande gekommen, da der Mandatskontrakt nur darin besteht, daß zwei Personen sich darüber einigen, daß die eine für die andere Geschäfte führen soll. Sehen wir nun einstweilen von der Frage ab, ob durch die Genehmigung einer Geschäftsführung das Mandatsverhältniß begründet wird, so scheint nach dem Obigen außer Zweifel zu sein, daß eine nachträglich genehmigte negotiorum gestio jedenfalls die nämlichen Wirkungen haben muß, wie diejenige Geschäftsführung, welcher ein auf Mandatserrichtung gerichteter Wille des Dominus vorhergegangen, der wegen eines Mangels in dem Willen des Gestor mit dem Letzteren nicht zu kontraktlicher Einigung gelangt ist. Eine solche negotiorum gestio hat nun aber, wie wir in §. 14 gesehen haben, in Ansehung der Rechtsverhältnisse zwischen dem Dominus und dritter Personen in der Regel dieselben Wirkungen, wie die in Folge eines klagbaren Mandats vorgenommene Geschäftsführung, denn für diese Rechtsverhältnisse ist es bedeutungslos, ob zwischen dem Dominus und seinem Stellvertreter ein rechtsbeständiges Kontraktsverhältniß besteht oder nicht. — Daraus geht nun hervor, daß durch die Genehmigung einer Geschäftsführung den dritten Kontrahenten die actio institoria, exercitoria und quasi institoria gegen den Dominus unter derselben Voraussetzung begründet werden, unter welcher diese Klagen für Diejenigen entstehen, welche mit einem Mandatar des Prinzipals kontrahirt haben. Diese Voraussetzung besteht nämlich darin, daß der dritte Kontrahent mit Rücksicht auf den Dominus gehandelt hat[68]. — Ferner ergibt sich hieraus, daß

68) Vergl. hierüber auch l. 7 pr. de instit. act. (14, 3). Im zweiten Beitrag wird davon näher die Rede sein.

durch Genehmigung der Handlungen eines Gestor auch Besitz und Eigenthum dem Dominus eben so unmittelbar erworben werden kann, wie durch einen Mandatar [69].

Dennoch hat die Frage, ob durch Genehmigung einer negotiorum gestio das Mandatsverhältniß begründet wird oder nicht, jedenfalls nur insofern Bedeutung, als zwischen dem Dominus und Gestor in jenem Fall die Mandatsklagen, in diesem die Klagen aus der Geschäftsführung begründet sind, und da diese Rechtsmittel hier ohne Zweifel ganz gleiche Wirkungen haben, weil sie beide auf dem erklärten Willen des Dominus beruhen, und daher auch ihre Wirksamkeit nach dem Umfang und der Qualität dieses Willens zu beurtheilen ist, so muß jener Frage jede praktische Bedeutung abgesprochen werden [70]. Dennoch kann die Lösung derselben hier nicht umgangen werden, weil die Rechtsbestimmungen über Ratihabition nur dann für das Prinzip der negotiorum gestio, welches in dieser Abhandlung aufgestellt worden, einen stringenten Beweis abgeben, wenn durch die Genehmigung nicht die Mandatsklagen, sondern nur die Klagen aus der neg. gestio begründet werden.

An und für sich wäre nun gewiß nicht anzunehmen, daß durch Genehmigung die negotiorum gestio in ein Mandatsverhältniß umgewandelt werde; denn wenn auch im Fall der Ratihabition die Sache gerade so anzusehen ist, als wenn der Dominus seinerseits von vorn herein Alles gethan hätte, was zur Begründung eines Mandats gehört, so fehlt doch immer der zur Errichtung des Mandatkontrakts nothwendige Accept des Geschäftsführers; denn daß der Wille, welcher den Gestor zum Handeln für den Dominus antrieb, diesen Accept nicht vertreten kann, ist klar, weil dieser Wille keineswegs auf kontraktliche Vereinigung mit dem Willen des Dominus, sondern vielmehr auf unmittelbare Verpflichtung des Letzteren durch die Geschäftsführung selbst gerichtet war.

---

69) l. 24 h. t.

70) Bei den Römern konnte freilich die actio mandati, nicht aber die a. neg. gestione für den Gestor die Infamie zur Folge haben.

Die Ratihabition ist und bleibt also immer ein einseitiger Akt des Dominus[71]), und ist daher zur Begründung eines Mandatskontrakts ebensowenig geeignet, wie die einer Geschäftsführung vorausgegangene Genehmigung, von welcher der Gestor gar keine Kenntniß erhalten, die er also auch durch seine Geschäftsführung nicht acceptirt hat. Deßhalb wäre es dann jedenfalls eine Anomalie, wenn durch Ratihabition der Gestio wirklich die Mandatsklagen begründet würden.

Was nun die gesetzlichen Aussprüche angeht, so sagen Einige sehr bestimmt, daß durch Genehmigung die actio negotiorum gestorum begründet werde[72]), und zwar nicht bloß für den Dominus, sondern auch für den Gestor[73]). Das Gegentheil aber scheint Ulpian in l. 6 c. de regulis jun. (50, 17) auszusprechen:

Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur; sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est obstringitur mandati actione.

Zur Vereinigung dieser Stelle mit den obigen Aussprüchen sind nun von jeher vielfache Versuche gemacht worden[74]). Diejenige Meinung, welche in neuerer Zeit den meisten Beifall findet, geht dahin, daß im Fall der Genehmigung gegen den Dominus die actio mandati contraria, gegen den Gestor aber immer nur die actio negotiorum gestormu directa begründet sei[75]). Man führt daher namentlich an, daß durch die Ratihabition, welche ein einseitiger Akt des Dominus sei, nur die Rechtsverhältnisse des Letzteren verändert wer-

---

71) Vangerow a. a. O. §. 664. Anm. S. 486. Vergl. auch Kritz a. a. O. S. 10.

72) l. 6. §. 9. l. 9. 10 h. t. c. 9. h. t. c. 3 de rei vind. (3, 32) c. 3 de committenda stipul. (8. 38).

73) Dies ergibt sich aus l. 9. h. t. verbis: — — ipse denique, si quid impenderit, quemadmodum recipiet? Nam utique mandatum non est. Erit igitur etc. Kritz a. a. O. S. 400.

74) Vergl. namentlich Glück's Kommentar Bd. 5. S. 333 ff. Thibaut, Versuche II. 10. Chambon. a. a. O. S. 56 ff.

75) Thibaut a. a. O. Vangerow a. a. O. Sintenis a. a. O. II. S. 285. I. S. 162. Note 45.

den können, und also gegen den Gestor die actio neg. gestorum begründet bleiben müsse. Daß aber gegen den Dominus die actio mandati begründet werde, gehe aus l. 60 cit., sowie daraus hervor, daß der Dominus auch dritten Personen gegenüber als Mandant behandelt, und in den Quellen auch oft gesagt werde, daß selbst bei Delikten Ratihabition dem Mandate gleichzustellen sind. Wenn es nun freilich richtig wäre, daß die durch Genehmigung entstehenden Sachverhältnisse des Dominus zu dritten Personen nur durch die Annahme zu erklären seien, daß der Dominus als Mandant angesehen werde, so könnte man allerdings Bedenken tragen, die obige Ansicht zu bestreiten; allein wir haben oben gesehen, daß jene Rechtsverhältnisse in einem ganz anderen Grunde ihre Erklärung finden. Und was die Stellen betrifft, in welchen es heißt: In maleficio ratihabitio mandato comparatur[76]), so ist zu bemerken, daß die Vergleichung mit dem Mandat immer noch keine Gleichstellung ist[77]), die Vergleichung aber gar nicht ausfallen kann, wenn man bedenkt, daß dritte Personen, also die durch das Verbrechen Verletzten, um deren Rechtsverhältnisse es sich gerade handelt, dieselben Ansprüche gegen den Ratihabenten wie gegen den Mandanten haben. Ohnehin kann hier ja auch gar nicht von einem rechtsbeständigen Mandate zwischen dem Verbrecher und dessen Vertreter die Rede sein. Dennoch läßt sich dann für die Ansicht, daß gegen den Dominus die actio mandati begründet wird, weiter Nichts anführen, als die l. 60 cit., während folgende Umstände dagegen sprechen: 1) Durch Ratihabition kann die in der Vergangenheit liegende negotiorum gestio unmöglich in ein Mandat verwandelt werden, was auch die Vertheidiger jener Ansicht nicht bestreiten[78]). 2) Daher wäre es aber eine merkwürdige Inkonsequenz, wenn dennoch die actio man-

76) l. 1. §. 14, l. 3. §. 10 de vi et vi armata (43, 16). l. 152. §. 2 de neg. jur.

77) Vergl. z. B. l. 5. §. 1 quod jussu (15, 4.)

78) Vangerow a. a. O. l. 9. h. t. verb: Nam utique mandatum non est. Vergl. auch Kritz a. a. O. S. 10, 11. Derselbe zieht

dati durch die Genehmigung begründet würde. 3) Es wäre nun freilich wohl möglich, daß die Römer durch besondere Gründe sich zur Gestattung einer solchen Anomalie veranlaßt gesehen hätten; allein derartige Gründe, welche doch jedenfalls von Erheblichkeit sein würden, sind gar nicht vorhanden. Die actio negotiorum gestorum ist hier eben so wirksam, wie actio mandati sein würde. 4) Aus l. 9. h. t. ergibt sich, daß der Gestor auch im Fall der Genehmigung die actio negotiorum gestorum gegen den Dominus hat, woraus hervorgeht, daß er die actio mandati nicht hat, denn die obligatio ex mandato wird nicht durch Geschäftsführung, sondern durch das Mandat begründet. Hätte der Gestor also die actio mandati, so könnte er die actio negotiorum gestorum nicht haben[79]). Nun möchte es aber doch bedenklich sein, sich gegen diese Gründe auf den einzeln stehenden, so generellen Ausspruch Ulpian's in l. 60 cit. zu berufen, dessen eigentliche Bedeutung sich nicht einmal mit Sicherheit angeben läßt, da man nicht weiß, in welchem Zusammenhange dieß Fragment früher gestanden hat. Ich glaube daher, daß man auf dasselbe gar kein Gewicht zu legen hat, um so weniger, als es sich recht gut auf andere Weise erklären läßt. Ulpian mag hier an diejenigen Fälle denken, in denen der Gestor wirklich in Folge eines rechtsbeständigen Mandats zu handeln glaubte, das wirklich ertheilte Mandat aber entweder nicht giltig war, oder der Mandatar sich aus dem giltigen Mandat eine größere Befugniß zuschrieb als ihm zustand oder dergl.[80]). Doch ist es unrichtig, wie man die Stelle erklärt, da nach den oben angeführten Gründen so

---

übrigens mit Unrecht die l. 50. pr. mand. (17, 1) in diesen Streit, denn am Ende dieser Stelle ist nur die actio mandati gemeint, welche der Bürge gegen den Hauptschuldner als seinen Mandanten hat.

79) l. 6. §. 1 mandati (17, 1.)

80) Glück a. a. O. Bd. 5. S. 334. Note 4. Chambon a. a. O. S. 56. Vergl. auch Thibaut, Versuche a. a. O. Höpfner a. a. O. §. 937. Note 6.

viel klar ist, daß man sie nicht so verstehen darf, wie die in Note 74 angeführten Schriftstellen.

Wenn nun durch Genehmigung der negotiorum gestio weder in Betreff des Gestor noch des Dominus ein Mandat begründet wird, so steht auch die Lehre von der Genehmigung mit dem hier vertheidigten Prinzip der negotiorum gestio in der besten Harmonie. Hat der Gestor, mit Rücksicht auf den Dominus, also um den Willen des Letzteren, nicht aber seinen eigenen zu vertreten, eine Handlung vorgenommen, so kommt bei der Frage, ob durch diese Handlung die obligatio ex negotiorum gestione begründet worden, Alles darauf an, ob der Wille des Geschäftsherrn wirklich vorhanden war. Wenn er nicht vorhanden war, oder wenigstens nicht zu erweisen ist, so wird er durch die nachträgliche Genehmigung des Dominus ersetzt; denn sobald der Letztere erklärt, daß sein vom Gestor vorausgesetzter Wille allerdings vorhanden gewesen sei, so ist nach ausdrücklicher Bestimmung der Gesetze die richterliche Erwägung, ob der Wille zur Zeit der Geschäftsführung wirklich vorhanden gewesen sei oder nicht, überall nicht mehr zulässig. Das Zeugniß des dominus wird in dieser Hinsicht als durchaus entscheidend angesehen. So sagt z. B. Justinian in c. 7. ad senatusc. Macedon. (4, 28) in einem Fall, wo der Haussohn für den Vater gehandelt, und Letzterer diese Geschäftsführung genehmigt hat: cum testimonium paternum repicere satis iniquum est, und die ähnliche Ansicht des Pomponius ergibt sich aus der nachher zu erörternden l. 9. h. t.[81]). Wenn also der Gestor eine für die negotia domini ganz unnütze

---

81) Die älteren Juristen scheinen nach c. 7. cit. Zweifel darüber gehabt zu haben, ob man der Genehmigung hier stets rückwirkende Kraft beilegen könne, da man, abgesehen von positiven Bestimmungen, dieß nur da behaupten konnte, wo die Genehmigung wirklich nichts Anderes war, als das Geständniß des Dominus, sein Wille sei von vorn herein vorhanden gewesen. Justinian bestimmt aber, daß die Genehmigung den Willen oft ersetzen, und nicht weiter in Frage gestellt werden solle, ob Letzterer auch wirklich vorhanden gewesen sei.

Handlung vorgenommen, z. B. überflüssige Sachen gekauft, oder ein indebitum in Empfang genommen hat, so wird durch Genehmigung sowohl gegen den Dominus die actio neg. gestorum contraria, als gegen den Gestor actio neg. directa begründet, und zwar aus dem Grunde, weil die Sache hier gerade so angesehen wird, als sei der auf Ausführung dieser Handlung gerichtete Wille des Dominus von vorn herein vorhanden gewesen, mag er nun wirklich vorhanden gewesen sein, also die Genehmigung nur ein Gsteändniß enthalten oder nicht. In dem Fall der l. 6. §. 9. h. t. hat z. B. der Gestor contemplatione domini eine in debitum in Empfang genommene, und der Dominus diese Handlung genehmigt. Da nun dieß negotium weder auf dem Rechtsboden des Dominus, noch in Folge seines Willens geführt worden war, so bemerkt Julian, man könne es zweifelhaft finden, ob dem Dominus hier die actio negotiorum gestorum directa auf Herausgabe der dem Gestor indebite gezahlten Summen zustehe, weil eigentlich kein negotium domini geführt worden sei. Allein in Folge der Ratihabition, bemerkt er weiter, stelle die Sache sich anders, denn dadurch werde das contemplatione domini geführte Geschäft zum negotium domini, weßhalb auch dem Dominus die actio neg. gestorum directa auf Herausgabe der fraglichen Summe zustehe[82]). Diese Klage ist nun offenbar nur deßhalb begründet, weil hier in Gemäßheit der voluntas domini gehandelt worden, da die Sache gerade so angesehen werden muß, als sei der Wille von vorn herein vorhanden gewesen. Denn daß die fragliche Geschäftsführung für die negotia domini weder nothwendig noch nützlich war, ist augenscheinlich. Dem Dominus steht in Folge der Genehmigung freilich die

82) Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum. Es versteht sich übrigens von selbst, daß man durch Ratihabition nur ein solches Geschäft zu dem seinigen machen kann, welches nicht auf fremdem Rechtsboden geführt worden, weil hier der Inhaber dieses Rechtsbodens ohne Weiteres Geschäftsherr ist. l. 6. §. 11 h. t.

actio neg. gestorum directa zu, dafür ist er aber auch der Klage des Dritten und des Geschäftsführers ausgesetzt. — Gegen diese Argumentation kann nun auch die Ansicht, nach welcher durch Genehmigung gegen den Dominus die actio mandati begründet wird, selbst wenn sie sich rechtfertigen ließe, nicht in Betracht kommen, weil darnach doch immer noch die actio neg. gestorum directa des Dominus einer besonderen Erklärung bedarf, und für diese reicht offenbar weder das Prinzip der necessitas, noch das der utilitas aus[83]). Es liegen hier keine anderen Momente vor, als der einseitige Wille des Dominus, und die absichtliche Erfüllung desselben durch den Gestor, weßhalb die Klage auch nicht auf anderen Momenten als diesen, beruhen kann[84]).

Zum Schluß soll hier nur noch die l. 9. h. t. näher beleuchtet werden, weil dieselbe in mancher Beziehung interessant ist, und die oben über die Bedeutung der Ratihabition entwickelte Ansicht namentlich dadurch bestätigt, daß die Schwierigkeiten, welche man bisher in derselben gefunden hat, bei Zugrundelegung jener Ansicht gänzlich schwinden. Die Stelle, welche aus Scaevola lib 1. quaestion. entnommen ist, lautet so:

---

83) Wächter a. a. O. S. 350 reicht hier auch mit der Bemerkung nicht aus, daß zu den rebus necessariis Alles gehöre, was erforderlich sei, um Aufträge zu erfüllen, die Jemand einem Andern gegeben habe. Denn daß nicht wirklich ein Mandat durch die nachträgliche Genehmigung zu Stande komme, möchte wohl Niemand bezweifeln.

84) Wenn Kritz a. a. O. S. 10 behauptet, daß der Gestor nur insofern eine Klage habe, als seine Thätigkeit in dem Interesse des Dominus die zureichenden Motive finde, so kann er dem Gestor im Fall der l. 6. §. 9. h. t. keine Klage gestatten, Falls er nicht zugeben will, daß das Interesse mit dem Willen identisch ist. — Vergl. auch noch l. 6. §. 10. h. t. verb: — Atquin alienum negotium est. Sed ratihabitio id conciliat, quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur, et a te hereditas peti possit. Die Ansicht von Chambon, daß der Gestor die obligatio ex neg. gest. durch die Gestio anbiete, und der Dominus darauf durch die Genehmigung eingehe, welche wohl kaum einer ernstlichen Widerlegung bedarf, wird unten noch gelegentlich besprochen werden. Vergl. auch oben §. 2.

Pomponius scribit: si negotium a te, quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam? actio negotiorum gestorum pendeat; nam quomodo cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Immo puto, etsi comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse. Sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum; et quemadmodum quod utilita gestum est, necesse est apnd judicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Ceterum si ubi probavi, non est negotiorum gestorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverium? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impenderit, quemadmodum recipiet? Nam utique mandatum non est. Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.

Schwierig hat man nun namentlich den Anfang der Stelle bis absit gefunden[85]), welchen man etwa so paraphrasiren kann: Pomponius sagt, wenn ich ein von Dir schlecht ausgeführtes Geschäft trotz der schlechten Ausführung gebilligt habe, so kann ich Dich dennoch (d. h. trotz der schlechten Geschäftsführung) nicht mit der actio negotiorum gestorum in Anspruch nehmen. Es fragt sich daher, ob nicht die Existenz der actio negotiorum gestorum so lange ungewiß ist, als es noch nicht entschieden ist, ob ich die Gestio genehmige oder nicht. Denn wenn sie vor der Genehmigung einmal existent geworden wäre, wie könnte sie dann durch den bloßen, d. h. einseitigen Willen des Dominus wieder aufgehoben werden? Pomponius meint aber, daß Obiges (nämlich die Ungewißheit in Betreff der Existenz der Klage) dann allerdings der Fall sei, wenn der Gestor nicht im bösen Glauben gehandelt habe.

---

85) Kritz a. a. O. S. 400. Chambon a. a. O. S. 60, 61. Vergl. auch Vangerow a. a. O. S. 485 und die dort genannten Schriftstellen.

Dieser Ausspruch des Pomponius hat nun, wie mir scheint, gar keine Schwierigkeit. Durch schlechte Geschäftsführung wird in der Regel die actio negotiorum gestorum directa ohne Weiteres begründet; dennoch findet diese Klage nicht Statt, wenn der Dominus die Gestio nachträglich genehmigt. Da man nun unmöglich annehmen kann, meint Pomponius, daß die einmal begründete Klage durch die einseitige Genehmigung des Dominus wieder aufgehoben werd, so muß man davon ausgehen, daß die Existenz der actio negotiorum gestorum so lange ungewiß ist, als der Dominus möglicherweise noch genehmigen kann. Genehmigt er aber, so erklärt er damit, daß der Gestor von vorn herein seinem Willen gemäß gehandelt hat, daß die Ausführung des Geschäfts trotz ihrer schlechten Beschaffenheit dennoch seinem Willen entsprechend war. Damit ist denn aber zugleich entschieden, daß die actio negotiorum gestorum auf Entscheidung wegen schlechter Geschäftsführung niemals begründet gewesen ist. Wenn der Dominus aber nicht genehmigt, sondern die actio neg. gestorum auf Entscheidung anstellt, so ist diese Klage auch von vorn herein begründet gewesen, weil es wegen der schlechten Geschäftsführung klar ist, daß der Gestor nicht in Gemäßheit der voluntas domini gehandelt hat. Nun bemerkt Pomponius aber weiter, daß dieß Alles nur dann wahr sei, wenn der Gestor nicht in bösem Glauben gehandelt habe. Hat derselbe nämlich das fremde Geschäft wissentlich zu eigenem Vortheil, also als praedo und in bösem Glauben ausgeführt, so hat er gar nicht als Stellvertreter der voluntas domini gehandelt, weßhalb es denn auch gar nicht in Frage kommen kann, ob er in Gemäßheit der voluntas domini gehandelt hat, da es klar ist, daß es gar nicht seine Absicht war, den Willen des Dominus auszuführen. Deßhalb ist hier die Genehmigung ohne Bedeutung, denn die actio negotiorum gestorum directa, welche der Dominus sofort durch die unbefugte Einmischung des praedo erwarb, kann durch einseitige Willenserklärung des Dominus nicht wieder aufgehoben werden. Im ersten Fall, wo der Gestor

cortemplatione domini handelte, also eine voluntas domini voraussetzte, war es zweifelhaft, ob diese voluntas vorhanden sei. Diesen Zweifel entscheidet der Dominus durch die Genehmigung. Im zweiten Fall setzt der Gestor gar keine voluntas domini voraus, da er als Vertreter des eigenen Willens handelt, weßhalb hier durch die Genehmigung ein solcher Zweifel nicht entschieden werden kann[86].

Im weiteren Verlauf des Fragments stellt nun Scävola seine eigne Ansicht auf, indem er bemerkt, daß der von Pomponius angeführte Satz: im Fall der Genehmigung könne die actio negotiorum gestorum nicht angestellt werden, nicht unbedingt, sondern nur insofern wahr sei, als Dasjenige, was einmal gebilligt sei, nachher nicht wieder mißbilligt werden könne. Im Uebrigen sei aber auch nach der Genehmigung die actio negotiorum gestorum begründet, und gerade so wie eine utilis gestio beim Richter anerkannt werden müsse, so müsse vor demselben auch Alles anerkannt werden, was der Dominus gebilligt habe. Und wenn nach der Genehmigung die actio neg. gestorum nicht stattfinde, wie solle es dann der Dominus machen, wenn der Gestor von seinem Schuldner Geld erhoben, und er dieß genehmigt habe? Ebenso, wenn der Gestor eine Sache des Dominus verkauft habe? Wie endlich solle der Gestor die von ihm für den Dominus gemachten Auslagen wieder erhalten? Denn in ein Mandat werde die Gestio durch die Genehmigung keineswegs verwandelt.

Es ist nun merkwürdig, daß diese Stelle, welche so schlagend beweist, daß die actio neg. gestorum zwar durch die Genehmigung nicht aufgehoben, aber doch auch keineswegs erst durch dieselbe begründet wird[87], als Hauptbe-

86) Eine ähnliche Entscheidung enthält l. 6. §. 6 h. t. Die obige Auslegung ist gewiß einfacher und natürlicher, als z. B. die von Kritz a. a. O. S. 400 ff., der sich auch so wenig wie Chambon a. a. O. auf die Erklärung des „si dolus malus etc.“ einläßt.

87) Wenn es heißt: Immo puto etsi comprobem, adhuc neg. gest. actionem esse, so ist nicht einzusehen, wie sich dagegen behaupten

weis für die Behauptung hat dienen müssen, daß die obligatio ex neg. gestione immer erst durch die Genehmigung begründet werde, und der Gestor im Fall der utilis gestio nicht direkt auf Entschädigung klagen kann, sondern die Genehmigung beantragen müsse[88]). Allein die Worte „necesse est apud judicem pro rato haberi", welche hier doch wohl den Ausschlag geben sollen, sind offenbar eine ganz harmlose Redewendung des Scävola, dem die Möglichkeit einer derartigen Auslegung wohl nicht eingefallen ist. Dieselben beziehen sich auch auf das quod ab ipso probatum est, und es wäre dann doch sonderbar, wenn der Gestor selbst dann noch erst auf Genehmigung klagen müßte, wenn der Dominus bereits freiwillig genehmigt hat. Scävola will augenscheinlich nur sagen, daß Das, was der Dominus genehmigt hat, eben so gut vor dem Richter anerkannt werden muß, wenn nicht durch freiwillige Anerkennung jede Klage überflüssig geworden ist, als Das, was utiliter gerirt worden. Denn durch die Genehmigung erklärt der Dominus oben, daß utilites gerirt worden sei, weßhalb auch Scävola das probatum dem utiliter gestum an die Seite stellt[89]).

Daß auch nach der Genehmigung die actio neg. gest. contraria begründet ist, ergibt sich ferner auch noch aus der Zusammenstellung der l. 9. mit l. 10. h. t.

l. 9. in fin. — — Erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio.

l. 10. pr. Sed an ultro mihi tribuatur actio sumtuum quos feci? Et puto competere, nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.

---

läßt, daß die obligatio ex neg. gest. erst durch die Genehmigung entsteht. Vergl. auch den Schluß der Stelle.

88) Chambon a. a. O. S. 54 Note 2. Dagegen auch l. 50. mandati (17, 1) und gegen die Behauptung, daß die actio neg. gest. directa erst durch Genehmigung begründet werde, außer l. 9. auch l. 46. pr. h. t. Wächter a. a. O. S. 458. Note 31.

89) Vergl. oben Note 57.

Die Kompilatoren wollen dadurch ſagen, daß auch die actio neg. contraria keineswegs durch die einſeitige Genehmigung des Dominus aufgehoben wird, ſondern nur durch eine beiderſeitige darauf gerichtete Vereinigung [90]).

(Fortſetzung folgt.)

X.

Ueber den Zeitpunkt der Schätzung beim Wertherſatz.

Von

Herrn **Büff**,

Staatsanwalt in Kaſſel.

(Schluß des Aufſatzes Nr. V. im vorigen Hefte.)

Die für den Wertherſatz der Species deducirte Regel ſcheint ausgeſprochen in Fr. 3. de condictione triticiaria. Ulpianus lib. 27. ad edictum [1]).

Gehen wir bei Entwickelung des Inhalts der Stelle vom Unzweifelhaften auf das Zweifelhafte über. So viel ſteht zunächſt feſt, was auch mit unſerer obigen Erörterung übereinſtimmt, wenn Mora eingetreten und nach dieſer die ſchuldige Sache deteriorirt iſt, liberirt ſich der Schuldner nicht einfach durch Zahlung der deteriorirten Sache, vielmehr

---

90) Kritz a. a. O. S. 401.

1) In hac actione, si quaeratnr, res, quae petita est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Servius ait, condemnationis tempus spectandum. Si vero desierit esse in rebus humanis, mortis tempus, sed ἐν πλατει, secundem Celsum erit spectandum; non enim debet novissimum vitae tempus aestimari: ne ad exiguum pretium aestimatio redigatur in servo forte motifere vulnerato. In utroque autem, si post moram deberior res facta sit, Marcellus scribit libro vicesimo halendum aestimationem quanto deterior res facta sit. Et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum; quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.